



# Territorialité et coordination en droit international privé

Etienne Pataut

## ► To cite this version:

Etienne Pataut. Territorialité et coordination en droit international privé: L'exemple de la sécurité sociale.. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer , LGDJ, pp.663, 2015, 978-2-275-04703-4. halshs-01348972

**HAL Id: halshs-01348972**

**<https://shs.hal.science/halshs-01348972>**

Submitted on 1 Aug 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Territorialité et coordination en droit international privé

## L'exemple de la sécurité sociale

Etienne Pataut

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

### VERSION DE TRAVAIL

Malgré quelques exceptions, aussi brillantes que rares<sup>1</sup>, le champ de la protection sociale est encore largement inexploré par la doctrine française de droit international privé. Deux raisons principales semblent à même de l'expliquer. La première, la plus pragmatique, est l'épouvantable complexité de la matière. La protection sociale est, en droit interne, de ces questions dont chacun reconnaît tout à la fois l'importance cardinale et le caractère rebutant. Il est simultanément évident que les mécanismes de redistribution sont des rouages essentiels des Etats contemporains et que la mise en œuvre pratique de ces mécanismes pose des problèmes juridiques d'une si grande complexité que la plupart s'en tiennent prudemment à l'écart. Cette complexité est plus importante encore lorsque le franchissement d'une frontière implique de mettre en relation deux systèmes de protection sociale différents. Dans ce cas, les difficultés internes se doublent des habituelles subtilités du droit international privé, accroissant d'autant l'effroi de l'analyste le plus courageux.

La seconde raison est plus théorique et n'a jamais été mieux expliquée que par le dédicataire des présents *Mélanges*<sup>2</sup> : relevant fondamentalement du droit public, la protection sociale ne relève pas du conflit de lois. La nature propre des règles de droit de la sécurité sociale les rend intrinsèquement réticentes à toute application en dehors du territoire de l'ordre juridique qui les a émises et si un élément d'extranéité vient affecter la relation juridique considérée, cet élément ne peut que conduire à s'interroger sur l'applicabilité de la loi française, mais non sur celle de la loi étrangère. La question, dès lors, n'est pas celle du conflit de lois, mais uniquement celle de la détermination du champ d'application de la loi française et de l'étendue de la compétence des autorités françaises pour mettre en œuvre cette loi, et elle seule. « Les caisses françaises de sécurité sociale — qu'il faut considérer comme des organes de l'Etat car elles sont chargées de la gestion d'un service public — n'appliquent que les règles françaises de sécurité sociale »<sup>3</sup> et, par conséquent, doivent simplement refuser de verser une prestation lorsque la situation considérée n'entre pas dans le champ d'application de la loi française. Ne pas appliquer la loi française dans un tel cas, par exemple quand le

---

<sup>1</sup> V. surtout l'étude fondatrice — et toujours essentielle — de Ch. Freyria, « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. Crit. DIP.* 1956, 409 ; *adde* J. Wibault, « Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois », *Droit Social* 1965. 318 ; R. Jambu-Merlin, « La loi applicable aux accidents du travail en droit international et en droit communautaire », *RCADI.* 1983. T. 180, pp. 237.

<sup>2</sup> P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC.* 1986, p. 467 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit International Privé*, Monchrestien, 11<sup>e</sup> éd., n°107.

<sup>3</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *Ibid.* et n° 111.

bénéficiaire est domicilié hors de France, ce n'est pas décliner la compétence de la loi française mais, bien au contraire, l'exercer. En matière de protection sociale, donc, comme en matière fiscale, chaque Etat détermine librement l'étendue de la compétence de ses organes, qui n'appliquent que leur propre loi, ne reçoivent pas d'ordres d'organes étrangers, auxquels ils n'en donnent pas non plus.

La relative indifférence à la protection sociale de la doctrine de droit international privé peut donc s'expliquer : les outils de celui-ci, et tout particulièrement la règle de conflit, sont à peu près inutiles à celle-là ; droit international privé et protection sociale sont donc aussi peu miscibles que l'eau et l'huile.

S'il ne semble néanmoins pas totalement inutile de revenir sur la question, ce n'est pas pour contester cette analyse, qui est exacte. Il s'agit plutôt de souligner qu'elle a l'inconvénient de laisser hors de son champ d'investigation une série essentielles de mécanismes par lesquels, loin de s'ignorer, des règles de droit se coordonnent entre elles, même si c'est sans recours à la technique traditionnelle de la règle de conflit de lois bilatérale.

De très nombreux mécanismes, en effet, ont été mis en place pour organiser la coexistence de régimes de protection sociale différents les uns des autres. Si les obligations de coopération, voire même d'application des lois étrangères ne peuvent résulter que d'un traité, ou, plus largement, d'un acte supra national, ceux-ci se sont justement multipliés en matière de sécurité sociale, au point de faire apparaître un véritable quasi-droit international privé.

Les traités bi- ou multilatéraux sont légion en matière de sécurité sociale, qui posent quelques règles générales, comme la non-discrimination ou l'exportabilité des prestations de sécurité sociale ou bien organisent plus concrètement la coordination de systèmes nationaux de protection sociale. Mais la création d'un tel quasi-droit international privé est encore plus frappante dans le cadre de l'Union européenne, où la coordination des régimes de protection sociale est allée de pair avec le développement des règles de liberté de circulation des personnes. Dès 1957, il avait été estimé que faire circuler les travailleurs impliquait de mettre en place des mécanismes de coordination : quel attrait aurait un mécanisme de libre circulation des travailleurs qui impliquerait la perte des droits au chômage, à la retraite ou à la santé ? Aussi le traité prévoyait-il, dès l'origine, la mise en place de mécanismes permettant d'articuler les règles de protection sociale, dont le principe est resté inchangé et figure désormais à l'article 48 TFUE. De cet article 48, sont nés un droit dérivé<sup>4</sup> et une jurisprudence considérables.

Ces mécanismes, que connaissent bien les spécialistes de droit matériel de l'Union, relèvent au premier chef de la logique de coordination des ordres juridiques qui est celle du droit international privé<sup>5</sup>. Certes, les outils du droit international privé classique, notamment la règle de conflit de lois bilatérale, sont peu utiles pour en décrire les rouages. Il n'en demeure pas moins que d'autres techniques de coordination se sont mises en place, pour aboutir à un résultat d'une indéniable positivité et d'une non moins indéniable importance. A partir de là, s'il est possible de laisser hors du champ d'une investigation de droit international privé ces

---

<sup>4</sup> Trois règlements se sont succédés en la matière : le règlement 3/58 a été remplacé par le règlement 1408/71, lui même désormais remplacé par le règlement 883/2004, complété par le règlement d'application 987/2009. Sauf précision contraire, les dispositions citées au texte sont celles du règlement 883/2004.

<sup>5</sup> P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé », *Rec. Cours*, t. 327, 2007, p. 23.

mécanismes, comme étrangers à la discipline, une autre approche est aussi envisageable qui consiste au contraire à braquer sur eux le projecteur de l'analyse pour essayer de comprendre s'ils sont ou pas susceptibles d'en renouveler les catégories traditionnelles. A cet égard, l'étude peut alors avoir pour intérêt de participer à l'importante réflexion en cours sur la redéfinition du droit international privé liée à la globalisation<sup>6</sup>. C'est cette seconde approche qui sera tentée ici.

Pour ce faire, il apparaît nécessaire de creuser une notion aussi fréquemment invoquée que vague et ambiguë : la territorialité des règles de sécurité sociale (I). L'analyse des règles en la matière permet de se convaincre du caractère inutile et encombrant de cette notion déjà en voie d'abandon (II). Elle conduit en revanche à estimer que le droit international privé aurait sans doute à gagner à suivre les traces de P. Mayer et à se redéfinir autour d'une autre notion, celle de coordination (III).

## **I. La territorialité de la protection sociale : quelle définition ?**

Les règles en matière de protection sociale seraient donc « territoriales ». L'expression, un temps familière aux internationalistes, est aujourd'hui moins couramment employée en droit international privé<sup>7</sup>. Lorsqu'elle l'est, c'est, pour l'essentiel, pour décrire des doctrines aujourd'hui abandonnées, tout en soulignant parfois le caractère « particulièrement équivoque » de l'expression<sup>8</sup>. C'est qu'en effet la notion de « territorialité » a en réalité deux sens très différents. En un sens faible, elle peut vouloir dire qu'un système donné ou un règle particulière de droit international privé préférera un rattachement territorial par opposition à un rattachement personnel (le lieu de situation du meuble par rapport à la nationalité, par exemple). Une telle préférence, combinée aux règles de compétence juridictionnelle, conduira de fait à l'application plus fréquente de la loi du for ; elle n'implique nullement que l'on ne puisse utiliser le rattachement lorsque celui-ci se réalise à l'étranger et, partant, que l'application d'une loi étrangère soit impossible.

En un sens beaucoup plus fort, en revanche, le terme même de territorialité implique un refus d'application de la loi étrangère, et l'application de la seule loi française aux rapports de droit qui se localisent en France. Techniquement, donc, la territorialité en ce second sens se caractérise par deux éléments : l'applicabilité de la seule loi française et la limite de cette applicabilité aux seules situations localisées en France.

En tant que principe général, ce second sens est globalement abandonné aujourd'hui par la doctrine de droit international privé. D'une part, en effet, si certaines matières, comme le droit public, restent réticentes au conflit de lois, il n'en reste pas moins que, par principe, la possibilité de l'application de la loi étrangère n'est plus aujourd'hui sérieusement contestée. D'autre part, et, surtout, l'expression même de « territorialité » appliquée à un rapport de droit

---

<sup>6</sup> Sur ce point, v. parmi une littérature abondante, le récent ouvrage dirigé par H. Muir Watt et D. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2015, à paraître.

<sup>7</sup> V. par exemple P. Mayer et V. Heuzé, n° 53 et s., et n° 65 et s.

<sup>8</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 53 ; dans le même sens : H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit International Privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 222.

est fort peu convaincante. L'idée même d'une localisation d'un rapport de droit, en effet, est une vue de l'esprit. Un rapport de droit, à proprement parler, ne se localise nulle part et seuls des éléments concrets de ce rapport peuvent être effectivement localisés. C'est dès lors la sélection d'un de ces éléments, considéré comme particulièrement significatif qui permettra de déterminer la loi applicable. A partir de là, parler de « territorialité » d'un rapport de droit n'a à proprement parler aucun sens puisque tout dépendra du critère de rattachement sélectionné par la règle de conflit de lois ou la règle d'applicabilité pour rattacher ce rapport de droit à une loi étatique particulière.

Le terme de « territorialité » est donc à la fois insusceptible de fonder une théorie générale du droit international privé, en ce qu'il exclut l'applicabilité d'une loi étrangère, et d'une extrême ambiguïté quant à la nature des rattachements utilisables. Ces défauts expliquent sans aucun doute l'abandon généralisé du terme aujourd'hui.

Tel est pourtant bien l'expression qui prévaut aujourd'hui en matière de sécurité sociale. La formulation vient notamment de la Cour de cassation, dont la solution de principe est, depuis longtemps, fort clairement affirmée : « les lois de sécurité sociale ont un caractère d'ordre public et de territorialité qui ne leur permet pas, sous réserve de conventions diplomatiques, de recevoir application hors du territoire national »<sup>9</sup>. C'est encore sans discussion qu'elle a été reprise par le Conseil constitutionnel qui, s'il lui dénie toute valeur constitutionnelle, ne semble pas douter qu'une loi subordonnant l'octroi d'une certaine prestation à une condition de résidence porterait atteinte à un « principe de territorialité »<sup>10</sup>. Cette affirmation et l'expression même de « principe de territorialité » se retrouve aussi dans tous les principaux manuels spécialisés<sup>11</sup>.

Ce qui est visé ici est bien la territorialité en son sens fort, qui implique d'une part la prise en compte des seuls rattachements se réalisant sur le territoire français et d'autre part l'inapplicabilité des lois étrangères sur le territoire du for. Cette seconde conséquence n'est pas douteuse, même si, comme on le verra, d'autres mécanismes de coordination permettent aujourd'hui d'atténuer largement cette rigueur. La première des conséquences, en revanche, souffre de l'ambiguïté qui a conduit à son abandon en droit international privé général. Le terme de territorialité, en droit de la sécurité sociale pas plus qu'ailleurs, ne permet pas de déterminer exactement quels sont les rattachements à retenir pour un rapport de droit particulier. La sécurité sociale se décompose en plusieurs opérations juridiques, chacune susceptible de faire l'objet d'une localisation différente, pour lequel la simple utilisation du mot de territorialité ne fournit guère d'information suffisamment spécifique. Le terme de territorialité, en réalité, est vague au point de n'avoir pas grand sens<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Civ. 2, 16 janvier 1956, *Dr. Soc.* 1956. 319, Soc. 25 avril 1979, *Bull. Civ.* V, n° 463, Soc., 9 juillet 1992, *Bull. Civ.* V, 1992 n° 463, Soc., 8 octobre 1998, *Bull. Civ.* V. 1998, n° 417.

<sup>10</sup> Conseil Constitutionnel, 23 janvier 1987, Décision n° 86-225 DC

<sup>11</sup> V. Par exemple, J.J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2011, n° 484 et s., P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 582 et s., S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2013, n° 151 et s.

<sup>12</sup> En ce sens, v. d'ailleurs déjà, outre Freyria, *ibid* (« La territorialité de la sécurité sociale ne signifie pas que l'application de notre législation coïncide avec les cadres géographiques de notre pays »), P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *précité*, p. 473 et s., et p. 481 et s.

On pourrait néanmoins, en entrant dans le détail, préciser exactement ce qu'il faut entendre par là. Comme l'a très bien montré P. Rodière<sup>13</sup>, par le terme de « territorialité », il faut entendre trois choses : la première est que ne sont assujettis que ceux qui exercent une activité sur le territoire français ; la seconde que les faits générateurs de prestations doivent avoir lieu sur le territoire français ; la troisième que le versement des prestations se fera uniquement en France.

Mais même en acceptant cette précision qui, en elle-même, conduit à douter de la pertinence du concept de « territorialité », le principe est lui-même assorti de tant d'exception que l'on peut aujourd'hui parler de « déterritorialisation » des règles de protection sociale<sup>14</sup>.

## **II. La « déterritorialisation » des règles de protection sociale**

C'est une tautologie que de souligner que si des questions de droit international de la sécurité sociale se posent, c'est parce que les individus concernés sont, du fait de leur mobilité, liés à plusieurs systèmes de protection sociale. Il est, certes, possible d'ignorer purement et simplement tous les faits qui se déroulent à l'étranger — ce que semble impliquer l'idée même de territorialité. Mais une telle solution est en réalité totalement impraticable. Elle conduirait en effet à de flagrantes injustices, allant directement à l'encontre tant de la solidarité gouvernant les différents régimes de sécurité sociale que des exigences de la liberté de circulation. Deux exemples permettront de s'en convaincre.

### **A. L'exportabilité des prestations**

Le premier est sans doute le plus évident : celui du versement des prestations sur le territoire français. Une telle solution souffre en réalité de tant d'exceptions qu'elle n'a plus de principe que le nom. Le principe inverse, dit de « l'exportabilité des prestations », permettant le versement de prestations dues à l'assuré social en dehors de France est aujourd'hui largement dominant, quelle que soit la norme applicable<sup>15</sup>. Il l'est, tout d'abord, pour certaines prestations en application de la loi française. Ainsi des retraites, dont le versement, longtemps subordonné à une condition de résidence sur le territoire français, n'en dépend plus aujourd'hui (articles L. 351-1 et R. 351-34 du code de la sécurité sociale), à la différence, par exemple, des prestations familiales (article L. 512-1 du code de la sécurité sociale). Il l'est, ensuite, par les Conventions internationales de sécurité sociale, notamment les conventions bilatérales. De nombreuses conventions en la matière, imposent ainsi l'exportabilité des prestations et donc le versement de celle-ci à des personnes domiciliés en dehors de l'Etat d'affiliation<sup>16</sup>. Il l'est, enfin et surtout, en droit de l'Union européenne. A nouveau, il faut ici rappeler que les règles de coordination de la sécurité sociale sont depuis l'origine des compléments à la liberté de circulation des travailleurs. Dès lors, il est de l'essence même de celles-ci que d'accompagner la mobilité. Une telle justification a conduit le législateur

---

<sup>13</sup> P. Rodière, *ibid.* ; Sur cette présentation, v. P. Rodière, « Droit Social International – Sources. Principes. Questions générales », *Juris Classeur de droit international*, Fasc. 573, 2009, n° 13.

<sup>14</sup> P. Rodière, *fasc. précité*, n° 27.

<sup>15</sup> V. par exemple JJ. Dupeyroux et al., *Droit de la sécurité sociale*, précité, n° 486.

<sup>16</sup> V. la liste et l'analyse de ces conventions sur le site du Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale : <http://www.cleiss.fr/docs/textes/index.html>.

européen à fonder les mécanismes de coordination de la sécurité sociale sur un certain nombre de principes fondamentaux, parmi lesquels figure l'exportabilité des prestations<sup>17</sup>. Cette solution a été adoptée dans les tous premiers textes de droit dérivé qui gouvernent le droit européen de la sécurité sociale. Elle figure désormais à l'article 7 du règlement 883/2004 et est aujourd'hui si fermement ancrée dans le droit de l'Union européenne que toute exception à cette solution doit être interprétée de manière limitative (considérant 37).

#### B. La prise en compte du fait générateur étranger

Le second principe résultant d'une prétendue territorialité et aujourd'hui bien vacillant en Europe est celui de l'absence de prise en considération de faits générateurs de prestations lorsque ces faits générateurs se réalisent à l'étranger. Il y a là un problème récurrent, et très difficile à résoudre, du droit de la sécurité sociale. De nombreux droits, en effet, ne s'acquiescent que progressivement, au fur et à mesure de cotisations fixées par la loi ou un accord collectif. Le versement de pensions de retraites, tout particulièrement, repose sur la constitution progressive de droits, qui s'accroissent avec le temps. Ne pas tenir compte d'une éventuelle l'activité à l'étranger, c'est donc risquer d'empêcher la constitution de droits à pension, voire même de remettre en cause l'existence de droits précédemment acquis.

De nombreux textes cherchent à résoudre cette difficulté, qui est inhérente à la structure des règles de sécurité sociale. Quelques conventions de l'Organisation internationale du travail, tout d'abord, tentent de l'atténuer. Les conventions n° 118 de 1962, relative à l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale et 157 de 1982, sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale, posent ainsi le principe dit de la « totalisation », selon lequel l'Etat d'affiliation doit tenir compte des périodes d'activité réalisées à l'étranger pour le calcul du droit à pension et exigent que les droits acquis soient maintenus dans les autres Etats.

Mais c'est surtout dans le cadre de l'Union européenne qu'ont été mis en place les règles les plus strictes et les plus efficaces en la matière. L'article 6 du règlement 883/2004 pose en effet un principe général de totalisation des périodes, en vertu duquel l'Etat d'affiliation « tient compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies sous la législation de tout autre Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique ». Une telle solution implique donc que, dans les 28 Etats membres de l'Union européenne, l'éventuelle mobilité soit effectivement intégrée dans le calcul des prestations de sécurité sociale. Il y a là un renversement complet de la perspective territorialiste.

Ce renversement est lié à la volonté de promouvoir la mobilité du travail en Europe. La Cour de justice, au nom précisément des libertés de circulation, peut même parfois le pousser un cran plus loin. Tel est le cas en matière d'assurance maladie. Les dispositions des règlements de coordination en la matière permettent une véritable et étonnante application de la loi étrangère en matière de sécurité sociale, on y reviendra. Mais, au-delà, le simple jeu des libertés de circulation a conduit la Cour à imposer aux caisses nationales de sécurité sociale de rembourser, en application de leur propre loi, de prestations de soins réalisées à l'étranger.

---

<sup>17</sup> Pour une étude d'ensemble, v. not. l'important ouvrage de P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre liberté du marché et droits fondamentaux*, Sakkoulas-Bruylant, 2003. Les autres principes, sur lesquels on reviendra, sont l'égalité de traitement, l'unicité de législation applicable et la totalisation des périodes d'assurance.

Tel est l'effet des arrêts *Kohll* et *Decker*, aussi célèbres que controversés en leur temps<sup>18</sup>. Ces arrêts concernaient des personnes domiciliées au Luxembourg ayant, pour l'une acheté des lunettes et pour l'autre eu recours à des soins dentaires en dehors de leur Etat de résidence. Faute d'accord préalable, les caisses d'assurance maladie du Luxembourg ont refusé le remboursement des frais médicaux. Contestés devant la Cour de justice, ces refus ont été considérés comme des entraves à la libre circulation des marchandises, pour les lunettes, et des services, pour les soins dentaires. Les caisses sont donc dans l'obligation de rembourser les soins médicaux.

Ces arrêts ont suscité un intense débat en Europe sur les risques que de telles solutions pouvaient faire courir aux systèmes nationaux de sécurité sociale et à l'éventuel développement d'un « tourisme médical ». Aussi d'importantes précisions ultérieures sont elles venues s'ajouter à la solution initiale, désormais codifiées par une directive visant à préserver l'équilibre entre la mobilité des patients et les systèmes nationaux de sécurité sociale<sup>19</sup>. On se contentera ici de souligner ici combien les exigences de la liberté de circulation ont contribué à cette « déterritorialisation » des règles de sécurité sociale. Sous peine d'entraver gravement la mobilité, il est désormais exclu de ne pas tenir compte de la réalité des rattachements d'une situation avec un autre ordre juridique que celui auquel l'intéressé est affilié.

Ce très bref tour d'horizon, qui mériterait lui-même bien des nuances, permet de se convaincre que les éléments de rattachement sont donc bien divers et qu'en réalité, la réflexion sur le champ d'application dans l'espace des règles de sécurité sociale procède bien d'une démarche qui, pour ne concerner que la loi française, n'en est pas moins fondamentalement proche de la démarche localisatrice habituelle du conflit de lois. Il s'agit là comme ici de déterminer les éléments de fait de la situation qui apparaissent particulièrement pertinents, pour connaître la loi qui y sera applicable. En soi, le qualificatif de « territorial » n'apporte donc rien, sinon confusion et approximation. Dès lors, le droit international et européen de la sécurité sociale gagnerait sans aucun doute à suivre l'exemple du droit international privé général et abandonner purement et simplement le concept de territorialité.

Il reste que l'une des conséquences de la « territorialité » ou, plus exactement, de la nature propre des règles de sécurité sociale n'a pas été discutée encore : celle de l'inapplicabilité de loi étrangère. L'affirmation, quoique fréquente, mérite d'être elle aussi sérieusement nuancée.

### **III. Loi étrangère et protection sociale.**

Au-delà de la querelle terminologique, la particularité méthodologique fondamentale, qui oppose sécurité sociale et droit international privé, est le principe fondamental d'inapplicabilité de la loi étrangère.

---

<sup>18</sup> CJCE, 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll* et C-120/95, *Decker*. Sur ces arrêts, et, plus généralement, la coordination des régimes d'assurance maladie, v. P. Mavridis, « Libre circulation des patients : la protection des personnes et des systèmes de sécurité sociale », *RDT*. 2015, à paraître.

<sup>19</sup> Directive 2011/24 du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers sur laquelle v. not. L. Driguez et V. Michel, « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ? », *Europe*, octobre 2011, étude n° 9, pp. 4-10 et Nathalie de Grove-Valdeyron, « La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », *RTD Eur.* 2011 p. 299.



Les méthodes du droit international privé et celles du droit international et, surtout, européen, de la sécurité sociale, sont pourtant en plein rapprochement. Tout d'abord, les mécanismes extrêmement sophistiqués de coopération administrative, au cœur du droit international privé contemporain grâce à la Conférence de La Haye<sup>20</sup>, sont aujourd'hui un rouage essentiel de la coordination des régimes de protection sociale. Ces mécanismes participent aujourd'hui d'un incontestable renouvellement du droit international privé traditionnel, en son centre<sup>21</sup> comme à ses marges<sup>22</sup> et la sécurité sociale pourrait ici utilement nourrir la réflexion.

Mais, au-delà de cette coopération administrative qui nécessiterait une étude séparée, la protection sociale présente aujourd'hui un visage peut être beaucoup moins hostile à la loi étrangère. L'exemple européen montre en effet qu'une coopération très poussée peut conduire à des règles qui ressemblent fortement à des règles de conflit de lois (A), que l'application de la loi étrangère n'est pas toujours exclue (B) et que, de ce fait, on assiste à une certaine porosité entre protection sociale, loi applicable et juridiction compétente (C).

#### A. Le principe d'unicité de la loi applicable

L'inapplicabilité de principe de la loi étrangère n'a jamais été formellement remise en cause par le droit supra national de la sécurité sociale. Il reste que la coopération mise en place conduit à une répartition des lois qui, si elle ne conduit pas à un conflit de lois au sens strict, ne s'en rapproche pas moins fortement.

Le défaut majeur de la méthode de détermination unilatérale du champ d'application international de leurs lois par chacun des Etats, est celui du risque de lacune et de cumul. Si, par exemple, une allocation quelconque d'un Etat est subordonnée à la résidence dans cet Etat, alors qu'un Etat voisin retiendra, lui, le critère du lieu d'emploi pour l'allocation équivalente, un travailleur frontalier, dont le lieu d'exécution du travail diffère du lieu de résidence, pourra ou bien bénéficier de deux prestations ou bien d'aucune. Une telle situation n'est nullement différente de celle de la double imposition ou du double assujettissement aux obligations militaires et elle est inhérente à la méthode. Aussi n'est-elle résolue que par recours aux conventions internationales. Telle est bien la solution qu'a suivie le droit international et européen de la sécurité sociale.

Mais, en Europe, ce qui n'apparaît que comme une rustine destinée à résoudre une difficulté ponctuelle a pris valeur de principe général : le principe dit « d'unicité du droit applicable ». Ce principe figure aujourd'hui à l'article 11 du règlement 883/2004, aux termes duquel : « les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre », législation qui est « déterminée conformément au présent titre ». Dès lors, ce qu'a fait le règlement, c'est bien de créer un système dont ont structurellement disparu lacunes et cumuls. Les rattachements ayant été décidé en commun, aucune personne, au sein

---

<sup>20</sup> G. Droz, « Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la conférence de La Haye », *Mélanges Bellet*, Litec, 1991, p. 129.

<sup>21</sup> v. not., en droit de la famille, G. P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. Crit.* 2006. 457.

<sup>22</sup> Sabine Corneloup, « Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance ? », in : H. Muir Watt et D. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2015, à paraître.

de l'Union européenne, ne peut être soumise à aucune loi non plus qu'elle ne peut être soumise à plus d'une loi.

La Cour de justice a déjà eu l'occasion d'affirmer le caractère exhaustif des rattachements ainsi créés par le règlement, interdisant de ce fait au législateur national d'adopter d'autres règles qui n'auraient pas été prévues par les textes de l'Union<sup>23</sup>. Les termes même de la Cour de justice sont extrêmement significatifs, puisque celle-ci a pu affirmer que le texte créait « un système de règle de conflits ayant un caractère complet ».

Le terme « règles de conflits » serait certainement contesté par les spécialistes de droit international privé. Est-il, pourtant, si inexact ? Il est entendu qu'il ne s'agit pas d'une règle de conflit bilatérale traditionnelle en ce sens que chaque Etat continuera à appliquer uniquement sa propre loi. Mais à partir du moment où une règle de rattachement est commune à tous les Etats membres alors les fonctions de répartition des lois et de régulation des rapports de droit, propre au droit international privé sont bien remplies. Plus largement, la différence entre une telle règle et les règles désignant systématiquement la *lex fori* ne sont pas si grandes.

Nul ne doute, par exemple, que la protection des mineurs fasse bien partie du cœur du droit international privé. Celle-ci, pourtant, se rattache au moins partiellement au droit public<sup>24</sup> et, surtout depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1996, est structurellement réticente à l'application de la loi étrangère par son adhésion à un *lex-forisme* extrêmement large<sup>25</sup>.

Les partisans de l'application systématique de la loi du for savent bien, depuis Ehrenzweig<sup>26</sup>, qu'une telle solution a pour conséquence de confier à la règle de compétence juridictionnelle le poids de l'internationalité<sup>27</sup>. Mais la différence avec les conflits de lois en droit public est-elle si importante ? Le *lex forisme* conduira à s'interroger sur des critères de compétence juridictionnelle dont découlera l'applicabilité de la loi du juge ; les conflits de lois en matière de droit public conduiront à s'interroger sur le champ d'application dans l'espace de la loi dont découlera la compétence de l'organe chargée de l'appliquer. Lorsque ces règles sont à la fois exhaustive et communes à un grand nombre d'Etats, comme c'est le cas en matière de sécurité sociale, la nuance est fine ; si fine, qu'elle est parfois difficilement perceptible.

Le caractère systématique et complet des rattachements prévus par le règlement rapproche donc singulièrement le traitement du droit de la sécurité sociale internationale de mécanismes conflictuels. L'affirmation mérite d'être d'autant plus méditée que l'application du droit étranger n'est pas toujours exclue, loin s'en faut.

---

<sup>23</sup> CJCE 12 juin 1986, *Ten Holder*, aff. 302/84 et CJCE 10 juillet 1986, *Luitjen*, aff.60/85.

<sup>24</sup> J. Héron, « Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (l'exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives) », *Trav. Com. Fr. DIP*, 1990-1991, p. 65.

<sup>25</sup> P. Lagarde, « La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs », *Rev. Crit. DIP*, 1997, 217.

<sup>26</sup> En langue française, v. part. « La loi du for compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, 1966, T. 1, p. 399.

<sup>27</sup> de Boer, Th. « Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of- Law Rules and Foreign Law », *Rec. Cours* 1996, T. 257, 223.

## B. L'application du droit étranger

L'inapplicabilité de la loi étrangère en matière de sécurité sociale est le tout dernier bastion de résistance au rapprochement entre droit international privé et protection sociale. Une telle inapplicabilité, pourtant, n'est pas systématique. L'exemple le plus frappant ici est celui de l'assurance maladie. Les règlements européens ont en effet en la matière mis en place des mécanismes de coopération entre institutions de sécurité sociale permettant à une personne de recevoir des soins dans un Etat membre qui n'est pas son Etat d'affiliation, en application des règles de l'Etat de soins. En d'autres termes, la caisse de l'Etat d'affiliation va ici appliquer directement non pas les règles de son propre Etat, mais bien celles d'un autre Etat membre.

Une telle situation se présente principalement dans deux cas<sup>28</sup>. Le premier est celle d'une personne qui réside dans un Etat et qui est affilié à la sécurité sociale dans un autre Etat, celui du lieu d'exécution du travail, par exemple, comme pour les travailleurs frontaliers. Dans cette hypothèse, l'article 17 du règlement impose que l'assuré bénéficie « dans l'Etat membre de résidence des prestations en nature servies, *pour le compte de l'institution compétente*, par l'institution du lieu de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, *comme s'ils étaient assurés en vertu de cette législation* ». En d'autres termes, les autorités de l'Etat de résidence traiteront l'assuré exactement comme un assuré local, auquel ils donneront exactement les mêmes droits, dans les mêmes conditions. La seconde situation est celle de soins qui sont délivrés hors de l'Etat d'affiliation. Ces soins peuvent être imprévus (survenance inopinée d'une maladie pendant un séjour dans un autre Etat membre, par exemple, article 19) ou programmés, auxquels cas ils sont subordonnés à l'accord de l'institution d'affiliation (article 20). Dans les deux cas, la personne « bénéficie des prestations en nature servies, *pour le compte de l'institution compétente*, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, *comme si elle était assurée en vertu de cette législation* » (c'est nous qui soulignons).

La mise en œuvre de ces solutions est d'une grande complexité pratique et la source d'innombrables tracasseries administratives pour les intéressés. Le principe n'en est pas moins d'une extrême originalité, au vu des principes traditionnels gouvernant les conflits de lois en matière de droit public. Alors qu'il est en effet de principe que la loi étrangère ne sera pas appliquée sauf éventuelle décision de l'Etat d'accueil, la solution est ici exactement inverse et la collaboration entre institutions prend la forme d'une fiction par laquelle l'institution de soins prend en charge un individu pour le compte de l'institution d'affiliation, laquelle sera bien tenue à la charge financière qui résulte de l'application de la loi de l'Etat des soins et non de sa loi propre. Il y a bien une forme, originale et nécessitant une coopération administrative poussée, mais une forme tout de même, d'application de la loi étrangère.

On le voit, si les règles de droit européen de la sécurité sociale ne sont pas des règles de conflit de lois au sens le plus classique, elles n'en mettent pas moins en place des mécanismes de coordination qui en sont extrêmement proches.

D'un point de vue théorique, il y a bien là des mécanismes de coordination de systèmes dont l'objectif est extrêmement proche, à défaut d'être techniquement identiques. La considération centrale est bien ici celle de parvenir par la coordination à l'unité du régime juridique des

---

<sup>28</sup> Pour une présentation en détail, v. P. Mavridis, *article précité*, *passim*.

personne et, plus largement, à l'harmonie internationale des solutions ; l'on est bien au cœur du droit international privé.

Le rapprochement n'est pas uniquement théorique. Il explique en effet la porosité entre conflit de lois, compétence juridictionnelle et sécurité sociale.

### C. Le lieu d'exécution habituel du travail : compétence juridictionnelle, conflit de lois et sécurité sociale

Le lieu d'exécution du travail est à la fois le critère de rattachement objectif de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail (article 8§2 du règlement Rome 1), le critère de compétence international pivotale de la règle de compétence internationale (article 21-b-i du règlement Bruxelles 1 révisé), et le principal critère d'assujettissement aux règles de sécurité sociale (article L. 111-2-2 du Code de la sécurité sociale et, dans le cadre du droit de l'Union, article 11-3-a du règlement 883/2004).

Bien entendu, l'utilisation d'un critère identique est en soi indifférent : même si le critère de rattachement est le même, il demeure que les structures méthodologiques de chacune de ces règles sont différentes. La règle de conflit de lois désigne indifféremment la loi française ou la loi étrangère, la règle de compétence internationale ne permet que de déterminer la compétence des tribunaux français et la règle d'applicabilité des dispositions de sécurité sociale que de savoir si telle situation entre ou non dans le champ d'application de la loi française. Une telle indépendance a d'ailleurs été récemment réaffirmée par la Cour de cassation qui a rappelé que, même si le critère était le même, sa mise en œuvre n'en restait pas moins différente<sup>29</sup>. Aussi, la délivrance par une autorité étrangère d'un formulaire administratif européen établissant, sur la base du lieu d'exécution du travail l'assujettissement aux règles étrangères de sécurité sociale d'un employeur, n'empêche-t-elle pas que la juridiction française se déclare compétente sur la base du même critère<sup>30</sup>. La divergence d'opinion sur le lieu d'exécution du travail, en l'espèce entre la France et l'Espagne, ne gêne nullement, s'agissant de règles intrinsèquement différentes.

D'une incontestable exactitude juridique, la solution étonne néanmoins, puisqu'elle conduit à consacrer une appréciation divergente du lieu d'exécution du travail en France et en Espagne. En d'autres termes, la divergence en l'espèce, qui n'est rien d'autre qu'une différence d'analyse entre l'administration espagnole et le juge français, conduit à affirmer qu'un même rapport de travail est exécuté en Espagne pour les besoins de la protection sociale et en France pour la détermination de la compétence. La solution est tout de même assez étonnante.

Aussi, malgré cette indépendance de principe, de nombreux éléments conduisent au contraire à penser que la frontière entre compétence, loi applicable et applicabilité des règles de sécurité sociale est beaucoup plus poreuse qu'il n'y paraît.

---

<sup>29</sup> Soc., 29 septembre 2014, n°13-15802

<sup>30</sup> Le certificat n'ayant que la valeur d'une présomption simple, la divergence peut même porter sur le cœur de la question : l'assujettissement à la sécurité sociale. Sur cette importante difficulté, v. JP. Lhernould, « Certificat E101/A1 : il est indispensable de saisir la CJUE. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 28 octobre 2014 », *Droit Social* 2014. 1050.

C'est notamment ce que montre la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice en la matière. Comme on le sait, en matière de compétence juridictionnelle, la Cour a réalisé un important travail d'interprétation visant à progressivement insérer dans la détermination même du lieu d'exécution du travail des éléments de protection du salarié. Depuis le célèbre arrêt *Ivenel*<sup>31</sup>, la Cour a imposé une interprétation de l'article 5-1 qui prenne en compte la protection du salarié et la Cour de justice l'affirme maintenant depuis vingt ans : la notion même de lieu d'exécution du travail doit être interprétée en ayant à l'esprit l'impératif de protection de la partie faible<sup>32</sup>. La question s'est ensuite posée de savoir si cette interprétation aurait, ou pas, une influence sur la règle de conflit de lois. Il pouvait en effet être soutenu que, malgré l'utilisation d'un critère identique, compétence juridictionnelle et conflit de lois reposaient sur des bases différentes et, dès lors, pouvaient faire l'objet d'une interprétation différente. Telle n'a pourtant pas été l'opinion de la Cour de justice qui, à deux reprises, a très clairement affirmé que l'interprétation de la règle de conflit de lois devait suivre celle de la règle de compétence. Les considérations de faveur dégagées pour cette dernière doivent donc être transposées à la première<sup>33</sup>.

Le dernier acte de cette évolution, enfin, a consisté à préciser le rôle exact de la clause d'exception et dans son dernier état, la Cour de justice a accepté que celle-ci serve à désigner une loi moins favorable aux intérêts du travailleur<sup>34</sup>. Cette solution, qui a parfois surpris, s'explique pourtant à la lumière des conclusions de l'avocat général : il est en effet plus que probable que l'un des éléments déterminants de la solution, sinon l'élément le plus significatif, soit que l'intéressée ait été, par le biais d'un accord dérogatoire entre caisses de sécurité sociale, affiliée à son lieu de résidence et non à son lieu de travail. La considération de l'unité entre le rattachement de sécurité sociale et le rattachement de droit du travail a ici pesé sans doute fortement en faveur de l'utilisation de la clause d'exception<sup>35</sup>.

Dans le sens inverse, la Cour de cassation française n'a pas hésité à appliquer à la question de l'affiliation aux organismes sociaux français des règles particulières élaborées pour la détermination de la loi applicable au contrat de travail. Ainsi en matière de détachement. Les importants risques de fraude au détachement ont conduit à l'adoption d'un article L. 1262-3 du code du travail interdisant aux employeurs disposant d'une structure stable sur le territoire français de se prévaloir des dispositions spécifiques au détachement. En d'autres termes, il s'agit d'une précision au fonctionnement de la règle de conflit de lois, imposant l'application de la loi française comme lieu d'exécution du travail. Pour le personnel aérien navigant, dont le lieu de travail est difficile à trouver, l'article R. 330-2-1 du Code de l'aviation civile adopte par renvoi la même solution.

---

<sup>31</sup> CJCE, 26 mai 1982, aff. 133/81, *Ivenel*, *Rev. Crit.* 1983, 116, note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet* 1982, 948, obs. JM. Bischoff et A. Huet.

<sup>32</sup> CJCE, 13 juillet 1993, aff. C-125/92, *Mulox*, *Rev. Crit.* 1994, 569, note P. Lagarde, *Clunet* 1994, 539, obs. A. Huet.

<sup>33</sup> CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch*, *Rev. Crit.* 2011, 447, note F. Jault-Seseke, *RTDCiv.* 2011, 314, obs P. Rémy-Corlay, *D.* 2011, Pan. 2438, obs. L. d'Avout, *RDT.* 2011, 531, obs. V. Lacoste-Mary, CJUE, 15 décembre 2011, aff. C-384/10, *Voogsgerd*, *Rev. Crit.* 2012, 648, note E. Pataut, *RDT.* 2012, 115, note F. Jault-Seseke, *Droit Social* 2012, 315, obs. P. Chaumette, et Chr. V. Parisot, *Clunet* 2012, 597.

<sup>34</sup> CJUE, 12 septembre 2013, aff. C- 64/12, *Anton Schlecker*, *Rev. Crit.* 2014, 159, note E. Pataut, *RDT* 2013, 785, note F. Jault Seseke, *Clunet* 2014, 165, note C. Brière.

<sup>35</sup> Pour une explication en détail de cet aspect de la décision, v. E. Pataut, *note précitée*.

Celle-ci vise notamment à déjouer les fraudes dont certaines sociétés aériennes dites « low cost » ont été les auteurs, consistant à se prévaloir abusivement des particularités du détachement pour soumettre leur personnel à une loi autre que la loi française, alors que ces sociétés possèdent des activités stables en France, où ce personnel est affecté<sup>36</sup>.

Ces règles sont donc propres à la détermination du droit applicable au contrat de travail et, qui plus est, spécifiques à la situation du détachement. Elles ont pourtant sans aucune hésitation été étendues à la sécurité sociale, dans d'importants arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 11 mars 2014<sup>37</sup>. Dans ces arrêts, en effet, les sociétés Vueling et Easy Jet ont été pénalement condamnées, sur le fondement de ces différentes règles, non pas pour ne pas avoir appliqué le droit du travail français, mais bien pour ne pas avoir respecté les obligations de cotisation qui résultent de l'applicabilité du droit français de la sécurité sociale. Les infractions en cause étaient donc celles de travail dissimulé, entrave et emploi de personnes non affiliées au régime complémentaire de retraite.

On le voit, donc, la Cour de cassation a sans difficulté transposé la règle de détermination du lieu d'exécution du travail dans un cadre très spécifique — celui du détachement de travailleurs salariés — à une autre situation, celle de la détermination du champ d'application dans l'espace des règles françaises de sécurité sociale. Il est ici assez frappant que la Cour de cassation utilise dans le cadre de la protection sociale des règles qui n'en relèvent pas. La porosité est complète entre la détermination de la loi applicable au contrat de travail et la détermination du champ d'application de la loi française de sécurité sociale.

\*       \*

\*

Droit de la sécurité sociale et droit international privé sont ainsi, du point de vue des objectifs comme de celui des méthodes, peut être moins éloignés qu'il n'y paraît. Dans les deux cas, les mécanismes mis en place ont un double objectif, de répartition harmonieuse des compétences étatiques dans l'espace et d'unité des règles applicables aux personnes privées. En cela, les règles de coordination mises en place en matière de sécurité sociale sont fondamentalement proches des règles de coordination du droit international privé.

Au-delà, la mobilité internationale des personnes, qu'elle soit temporaire ou définitive, de travail ou familiale, conduit à une profonde remise en cause des bases même sur lesquelles sont construits les mécanismes de solidarité. Ceux-ci ont été élaborés en ayant à l'esprit une certaine communauté, essentiellement enserrée dans les limites étatiques et en lien direct avec

---

<sup>36</sup> Cons. d'Etat, 11 juillet 2007, *Easy Jet et Raynair*, n° 299787, rejetant le recours de deux compagnies aériennes contre le décret du 21 novembre 2006 adoptant l'article R. 330-2-1 CAC, *Dr. soc.* 2007, p. 1159, concl. E. Prada Bordenave ; sur l'ensemble, v. Q. Urban, « Le droit individuel applicable au personnel d'une compagnie aérienne *low cost* à l'épreuve de son organisation en réseau » in : A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir.), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2008, p. 119

<sup>37</sup> Crim., 11 mars 2014, n° 11-88420 et 12-81461, *Droit Social* 2014. 836, obs. R. Salomon.

une conception forte de la démocratie<sup>38</sup>. Au cœur d'un pacte social d'abord et avant tout étatique, la redistribution est aujourd'hui mise en tension par la mondialisation et, au sein de celle-ci, la circulation des personnes. Il est donc urgent et essentiel de repenser en profondeur les mécanismes de solidarité dans un monde de mobilité<sup>39</sup>, et peut-être de modifier les systèmes nationaux de protection sociale<sup>40</sup>.

L'exemple de l'Union européenne montre qu'il est improbable, et en tout cas extrêmement long et complexe, de bâtir au-delà de l'Etat un système substantiel commun et unique de protection sociale<sup>41</sup>. Partant, ce sont, et pour longtemps encore, des mécanismes de coordination des systèmes qui sont et seront utilisés. Des mécanismes, donc, de droit international privé. A condition de continuer à se réinventer, la discipline, du fait de ses outils et de ses modes propres d'analyse peut donc prendre toute sa part à ce débat aussi techniquement complexe que politiquement essentiel.

---

<sup>38</sup> Sur ce point, v. part. les importantes réflexions de C. Bec, *La sécurité sociale, une institution de la démocratie*, Gallimard, Bibliothèque des idées, 2014.

<sup>39</sup> Sur cette question, qui est au cœur des réflexions contemporaines d'Alain Supiot, v. not., de celui-ci, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au Marché total*, Seuil, 2010.

<sup>40</sup> B. Gazier, B. Palier, H. Périvier, *Refonder le Systeme Français de Protection Sociale*, Presses de Sciences Po, 2014.

<sup>41</sup> Sur ce point, v. JC Barbier, *La longue marche de l'Europe sociale*, PUF, coll. Le lien social, 2008.